

COLEÇÃO

CARREIRAS
POLICIAIS

COORDENADORES
EDUARDO FONTES
HENRIQUE HOFFMANN

RODRIGO PERIN NARDI

DIREITO CONSTITUCIONAL

2^a | revista
edição | atualizada
ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

Histórico

A ideia de supremacia da Constituição foi forjada a partir da história do constitucionalismo, sendo que esse significa a *limitação do poder* e a *supremacia da lei*.

Nos últimos anos, cada vez mais, vem sendo sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, sendo que **a Constituição se aloca no centro do sistema jurídico**, transformando-se no ponto focal do direito infraconstitucional, dando fundamento de validade a este. *Além da supremacia formal a Constituição tem adquirido também uma supremacia de valor, ou seja, axiológica*. A este fenômeno dá-se o nome de **constitucionalização do Direito**, ocorrendo uma verdadeira mudança de paradigma ao ordenamento jurídico como um todo, afetando ramos tradicionais e autônomos do Direito (p.ex., direito civil).

Nas lições da doutrina o conceito de constitucionalismo:

“está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o ideal de liberdade humana com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar”.¹

Importante frisar, inicialmente, que embora as expressões *constitucionalismo* e *democracia* se aproximem, elas não devem ser confundidas. Isso porque, o constitucionalismo é entendido como sendo uma limitação do poder e Estado de direito, ao passo que a democracia identifica soberania popular e governo da maioria.

Em que pese ser considerada uma potência militar, Atenas é conhecida como sendo o **berço do ideal constitucionalista e democrático**, podendo-se destacar importantes temas relacionados à divisão das funções estatais, a separação entre poderes, dentre outros.

1. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ª ed. rev. ampl. e atual. – Jus PODIVM, 2018. P. 29.

Em razão do fato do constitucionalismo ter-se demonstrado como sendo um importante movimento político e filosófico, há autores que utilizam a denominação **movimentos constitucionais**, classificando-o como *constitucionalismo antigo, medieval, moderno e contemporâneo*.

A partir de agora, analisaremos cada uma dessas fases de forma individualizada.

Capítulo 2

Fases

2.1 Constitucionalismo antigo

Conforme dito, Atenas (501 até 338 a.C.) é conhecida como o berço do ideal constitucionalista e democrático, sendo que pela primeira vez na história, o povo passou a governar-se a si mesmo. Frise-se que isso foi possível em razão de o *poder político dos governantes ter sido limitado*, a partir da soberania das leis, bem como pela instituição de mecanismos de cidadania ativa.

Ao lado de Atenas, podemos destacar a República Romana, que durante os séculos V a II antes de Cristo foi também importante palco para o amadurecimento dos ideais constitucionalistas, especialmente em virtude do sistema de *checks and balances* para dividir e limitar o poder político.

Tais limitações foram de real importância para poder limitar o poder absoluto do rei que vigorava à época.

2.2 Constitucionalismo medieval

Nesse período evolutivo o constitucionalismo obteve importantes vitórias para com a limitação do poder absoluto, especialmente com o advento da Magna Carta Inglesa de 1215 (Idade Média), estabelecendo-se, ainda que apenas de maneira formal, a proteção de importantes direitos individuais, destacando-se o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade.

Abalizada doutrina preceitua que:

“o importante é destacar que a Magna Carta inaugurou a pedra fundamental para a construção da democracia moderna, pois, a partir dela, o poder do governante passou a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. A Magna

Carta deixa implícito pela primeira vez na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”¹

2.3 Constitucionalismo moderno

No transcorrer da Idade Moderna foram elaborados importantes documentos de índole constitucional, destacando-se o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701).

É de se destacar que além dos pactos, temos as denominadas *cartas de franquia* (ou *forais*), as quais são voltadas para a proteção dos direitos individuais. A despeito disso, tais cartas de franquia tinham como destinatários *determinados homens*, não atingindo a coletividade como um todo.

Frise-se que o constitucionalismo moderno surge vinculado à ideia de *Constituição escrita* como sendo importante instrumento para conter qualquer arbítrio decorrente do poder. Os principais marcos dessa fase são a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, diplomas esses que possuem duas características importantes: (a) *organização do Estado* e (b) *limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais*.

Esse constitucionalismo legitimou o aparecimento da denominada *constituição moderna*, a qual deve ser entendida como sendo:

“a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”².

Para o constitucionalismo moderno a Constituição não ostenta mais a condição de simples aspiração política da liberdade, passando a ser compreendida como um *texto escrito e fundamental*.

2.4 Constitucionalismo contemporâneo

O constitucionalismo contemporâneo está ligado ao denominado **totalitarismo constitucional**, sendo esse entendido como efeito da *constituição programática*, a qual robustece importante conteúdo social.

Com base nas lições de José Roberto Dromi e André Ramos Tavares podemos identificar dentro do constitucionalismo contemporâneo o **constitucionalismo de verdade**, o **constitucionalismo da continuidade** e o **constitucionalismo globalizado**.

Na referência do **constitucionalismo de verdade** existem duas categorias de normas que merecem destaque. Vejamos:

1. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 31.

2. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 1997. P. 48.

“Uma parcela, que é constituída de normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; e uma outra sorte de normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis.

As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais”³

O **constitucionalismo da continuidade** está baseado no pressuposto de que *é muito perigoso em nosso tempo conceber Constituições que produzam uma ruptura da lógica dos antecedentes, uma descontinuidade com todo o sistema precedente.*⁴

Por fim, o **constitucionalismo globalizado** é vislumbrado a partir da nossa fase atual, que tem por objetivo difundir a ideia de *proteção aos direitos humanos e a propagação para todas as nações.*

3. TAVARES, André Ramos. BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*, São Paulo: Saraiva, 2000. P. 58.

4. DROMI, José Roberto. *La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por-venir”*. In: *El Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997. P. 16.

Capítulo 3

Neoconstitucionalismo

Também denominado de **constitucionalismo pós-moderno** ou **pós-positivismo** ele passou a ser desenvolvido a partir do século XXI, objetivando-se buscar a *eficácia da Carta Magna*, afastando-se do caráter meramente retórico do texto posto, almejando alcançar a *concretização dos direitos fundamentais*.

Conquanto tenha como objetivo a concretização dos direitos fundamentais, são inegáveis as complexidades da conciliação entre esses direitos e a soberania popular, consistindo em um desafio grande a ser superado.

A respeito dessa nova perspectiva o modelo normativo do neoconstitucionalismo “*não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é axiológica*”¹.

Ainda, temos que:

“O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa”².

1. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 31.
2. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 35.

Por fim, podemos destacar as seguintes características do Neoconstitucionalismo:

- a) Supremacia do texto constitucional;
- b) Garantia, promoção e preservação dos direitos humanos;
- c) Força normativa dos princípios constitucionais;
- d) Constitucionalização do Direito; e,
- e) Ampliação da jurisdição constitucional.

Capítulo 4

Procedimentalismo x Substancialismo

As teorias procedimentalista e substancialista constituem *duas das principais linhas de pensamento que vem despertando atenção no debate político-constitucional contemporâneo*, razão pela qual analisaremos ambas, no intuito de compreendê-las mais facilmente.

A **teoria procedimentalista** tem como seu principal defensor o professor universitário John Hart Ely. Para essa teoria ***a atuação dos juízes de inferir amplos direitos e valores morais a partir da Constituição é radicalmente antidemocrática***, haja vista que os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática.

Outro importante nome articulador teórico dessa teoria é o jusfilósofo alemão Jürgen Habermas. Segundo ele, ante a ausência de consensos materiais acerca das grandes incertezas e em virtude do pluralismo, somente serão consideradas com legitimidade as decisões políticas assentadas no processo democrático de produção das normas.

Pela teoria procedimentalista ***o magistrado possui papel de garantidor do processo democrático***, o qual é realizado através do Parlamento. Temos que:

“(...) o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções. (...) Não devemos deixar que os ‘incluídos’ decidam quem deve ficar de fora – portanto é obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se segue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo (...), ele seja bastante convincente”¹.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Barroso preceitua que:

“um procedimentalista preconizará que estejam fora da Constituição os temas mais controvertidos do ponto de vista moral, econômico ou político. A decisão

1. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. 1.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

acerca de cada um deles deve ser tomada pelas maiorias políticas que se formam em cada tempo. Ainda pela mesma lógica, o procedimentalismo defende uma jurisdição constitucional mais modesta e autocontida, que não procura extrair da Constituição, mediante construção argumentativa, direitos ou pretensões que não resultem de clara decisão política do constituinte. Tudo o que não seja direta e inequivocamente extraível do texto constitucional deve ficar ao alvedrio do legislador ordinário”².

De uma maneira simplista podemos afirmar que a teoria procedimentalista cobra dos juízes *neutralidade moral e fidelidade à lei e ao texto*.

De outro lado, temos Ronald Dworkin que defende a **teoria substancialista**, sustentando que *os juízes têm o dever de respeitar a história e a integridade, de produzir decisões que se harmonizem à estrutura da Constituição e às decisões constitucionais passadas*.

Nesse sentido, temos que:

“O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário como o McLoughlin, pede que o juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem que interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (...) O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso chega possível”³.

Para a teoria substancialista **o Poder Judiciário pretende garantir os valores democráticos dentro do procedimento**. Em virtude disso, podemos afirmar que o Poder Judiciário *possui uma função intervencionista*, atuando em diversas vertentes, para que referido poder possa ter uma atuação autônoma. Tal teoria defende um papel mais proeminente para a Constituição Federal, bem como para a jurisdição constitucional.

Importante mencionar, mais uma vez, o Ministro Luís Barroso:

“não deve passar despercebido o fato de que a Constituição brasileira de 1988 é claramente substancialista, de modo que procurar minimizar o seu alcance, em nome de uma visão procedimentalista do Direito e da vida, incorrerá no risco sério de contrariar seu texto e espírito. Em suma: na busca do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, os substancialista dão ênfase aos direitos fundamentais e os procedimentalista ao princípio majoritário. Deve-se reconhecer, no entanto, a existência de uma larga zona de interseção entre as duas concepções, mais expressiva do que suas diferenças”⁴.

2. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 119/120.
3. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
4. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 121.

Capítulo 5

Ativismo Judicial e Efeito *Backlash*

A partir da mudança de pensamento constitucional, e com o surgimento do **neoconstitucionalismo**, passou-se a reconhecer a *supremacia material e axiológica* da Constituição, sendo que seu conteúdo dotado de força normativa e expansiva passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito, estabelecendo deveres de atuação (imposições) aos poderes políticos. Como já vimos, a Constituição Federal e o Princípio da Constitucionalidade passam a ser o centro de todo o sistema.

O neoconstitucionalismo trouxe uma atuação mais enfática e presente do Poder Judiciário na defesa e efetivação dos direitos fundamentais, judicializando-se principalmente questões sociais.

O Ministro Luís Barroso afirmou que:

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”¹.

É inegável que na atualidade o Poder Judiciário, especialmente por intermédio do Supremo Tribunal Judicial, com base no ativismo judicial e ante a necessidade de efetivação de medidas de políticas públicas, vem tomando *decisões judiciais majoritárias* ou *contramajoritárias*, favoráveis ou não aos anseios da maioria social,

1. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica.

fato esse que acaba por agravar, em algumas situações, as instabilidades e divisões sociais, haja vista a extrema insegurança jurídica gerada.

Frise-se que em virtude disso, e como forma de reação ao ativismo judicial, podemos mencionar o denominado **efeito *backlash***, o qual pode ser entendido como uma *forte reação por um grande número de pessoas ou por um outro Poder a uma mudança ou evento recente, tanto no âmbito social, quanto político ou jurídico.*

Para facilitar a compreensão, importante trazer à baila o julgamento da ADI 4983/CE e posteriores desdobramentos. Referida ação constitucional foi proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Lei Estadual Cearense n.º 15.299/13 que regulamentava a atividade da denominada “vaquejada”, fixando os critérios para a competição, obrigando os organizadores a adotarem medidas de segurança para os vaqueiros, público e animais.

A despeito da votação apertada pelo Plenário do STF (6x5), referida lei foi declarada inconstitucional, sob o fundamento de que os animais envolvidos na alegada prática desportiva eram submetidos à tratamento cruel, contrariando o direito fundamental insculpido no art. 225, § 1.º, VII, da CF. Em linhas gerais os Ministros entenderam que a obrigação do Estado em garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do § 1.º do art. 225 da nossa Constituição, dispositivo esse que veda práticas que submetam os animais à crueldade.

Ao declarar a inconstitucionalidade de referida lei estadual, a mesma deixou de ter aplicabilidade. Não obstante isso, os efeitos da ação atingiram, apenas e tão somente, a lei cearense.

Alguns dias após a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em questão, houve verdadeira reação legislativa à decisão do Pretório Excelso, tendo sido editada a lei federal n.º 13.364/16 tratando sobre o *rodeio* e a *vaquejada*. Destaque-se que a atuação do Poder Legislativo foi legal, vez que a decisão do STF no presente caso não tem o condão de impedir a atuação legiferante daquele Poder.

Exatos 08 (oito) meses após o julgamento da ADI em tela, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n.º 96/17 que inseriu o § 7.º ao art. 225 da nossa Carta Magna, nos seguintes termos:

“Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

Vislumbra-se, a partir dessa atuação do Congresso Nacional, uma verdadeira ***manifestação de ativismo congressional*** (superação legislativa da jurisprudência ou reversão jurisprudencial). A promulgação de referida EC constitui um excelente e cristalino exemplo do que a doutrina constitucionalista denomina de ***efeito backlash***.

Conquanto a reação do Poder Legislativo tenha sido, em princípio, pautada nos princípios democráticos, especialmente na denominada separação dos poderes, **entendemos que a Emenda Constitucional n.º 96/17 padece de vício de inconstitucionalidade**. Esse entendimento deve-se ao fato de o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ser considerado um direito fundamental de terceira geração*, sendo uma cláusula pétrea, não podendo ser abolido nem restringido, mesmo que por emenda constitucional (fruto do poder constituinte reformador)! Até o presente momento, contudo, não houve qualquer questionamento perante o Supremo Tribunal Federal a respeito disso.

Capítulo 6

Teoria da Democracia Militante

Inicialmente, deixo registrado que tecerei breves considerações a respeito da teoria em questão, sem tomar parte de qualquer partido político, nunca perdendo o foco do objetivo da presente obra.

Durante o governo do então Presidente da República Jair Bolsonaro, em virtude dos diversos conflitos verificados entre os poderes instituídos, veio à tona a discussão a respeito da denominada teoria da democracia militante.

Inobstante relevantes divergências doutrinárias a respeito de sua aplicação ou não, entendo ter o tema demonstrado sua importância, principalmente no que tange à grande potencialidade de sua incidência nos concursos públicos vindouros.

Referida teoria foi desenvolvida pelo jurista alemão Karl Loewenstein em 1937 – sim, o mesmo que estudaram comigo no Capítulo 3, da Parte 2 desta obra – ou que vocês conhecem por ter desenvolvido a classificação da constituição quanto ao critério ontológico.

Em síntese Loewenstein, defendia que o sistema democrático tivesse mecanismos de defesa para garantir a própria sobrevivência, haja vista a crescente disseminação de movimentos autoritários pela Europa, especialmente na Alemanha, Itália e Portugal. A título de ilustração, o mais famoso instrumento de autodefesa da democracia apontado por ele consistia na proibição da criação de partidos políticos de viés antidemocrático.

Por intermédio da teoria da democracia militante Loewenstein tenta explicar o modo pelo qual a democracia constitucional é capaz de proteger as liberdades civis e políticas, especialmente por intermédio de limitações das instituições democráticas, a fim de conter o fascismo crescente à época.

Não obstante isso existem críticas sobre sua efetiva aplicabilidade:

Democracia é consenso e conflito: para funcionar de forma saudável, todo regime democrático deve buscar construir uma plataforma de valores consensuais a partir da qual se desenrolarão os conflitos entre os mais diversos agentes e grupos políticos. Nessa linha, qualquer tentativa de impor o consenso na lar-

gada por meio de medidas calcadas em argumentos de dominação cada vez mais abrangentes tem como efeito pernicioso a própria negação do conflito, já que é impossível travar disputas efetivas quando, no limite, toda oposição pode ser considerada manifestação do extremismo. Em outros termos, a teoria da democracia militante deve buscar proteger os princípios que formam o suporte consensual das democracias, sem, contudo, subjugar a outra parte e eliminar a dimensão agonística dos regimes democráticos¹.

Em outras palavras, a teoria da democracia militante deve buscar proteger os princípios que formam o suporte consensual das democracias, sem, contudo, subjugar a outra parte e eliminar a dimensão combativa dos regimes democráticos.

O debate sobre a aplicação ou não da teoria em questão voltou à tona em razão da reação proativa por parte do Poder Judiciário em face dos constantes ataques do Chefe do Poder Executivo, bem como demais apoiadores, aos demais poderes constituídos, bem como ao sistema eleitoral brasileiro.

Algumas ações (inquéritos das milícias digitais e dos atos antidemocráticos, p.ex.) por parte do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral fizeram suscitar comparações com referida teoria alemã.

Destaque-se que as ações adotadas por parte do Poder Judiciário, muitas delas acertadas, a meu ver, possuem como fundamento a manutenção da democracia que, naquele período conturbado, estava sofrendo sérios riscos de ruir.

Analisando-se a maioria esmagadora das ações do judiciário verificamos que sempre existia um **real conflito entre dois princípios constitucionais** importantíssimos: **democracia e liberdade de expressão**.

Como veremos mais a frente na presente obra, o conflito entre princípios constitucionais é constante, sendo que devemos resolvê-los da melhor maneira possível. Para tanto, devemos nos valer, principalmente, da **metodologia da ponderação dos princípios** de Robert Alexy, sendo que no caso em apreço sempre que houver um conflito entre a democracia e a liberdade de expressão, *aquela ganha muito mais peso nessa ponderação, devendo se sobrepor*.

Voltando à origem da teoria da democracia militante vamos verificar que ela foi desenvolvida no intuito de se manter a integridade da democracia. Naquela época Loewenstein desenvolveu referida teoria no intuito de se evitar o avanço do fascismo e comunismo que almejavam chegar ao poder e ali se perpetuar.

De outro vértice, vemos que em nossa história recente a situação foi diferente. Isso porque, as ações adotadas pelo Poder Judiciário tiveram como base a defesa a ataques e ameaças de quem estava efetivamente no Poder, no caso, o Chefe do Poder Executivo Federal (e seus aliados). Além disso, infundáveis decisões foram determinadas em um momento delicado de nossa história, qual seja, o processo

1. PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempo de crise*. Editora Lumen Juris, 2020. P. 126.

eleitoral. Em virtude disso é que ela vem sendo chamada, no Brasil, de **democracia combativa**.

Em virtude dessas duas peculiaridades, principalmente, nesse momento atual fica difícil sabermos se essas ações adotadas por parte do poder judiciário contribuirão efetivamente para a manutenção da democracia de nosso país. Isso porque, conforme alguns doutrinadores vem defendendo, durante o período do governo do então Presidente da República Jair Bolsonaro foi construída uma “jurisprudência de crises”, haja vista a situação de anormalidade pela qual passamos.

A dúvida é saber se com a assunção do novo governo o Poder Judiciário continuará com essa postura combativa ou se retornará à atuação que era adotada anteriormente, restabelecendo-se a natural harmonia entre os Poderes constituídos, conforme estabelece o próprio art. 2.º de nossa Carta Magna.

Independentemente da divergente nos posicionamentos acerca da aplicação ou não da referida teoria, bem como as incertezas existentes na atual conjuntura, importante que o leitor tenha conhecimento, ainda que de maneira não tão aprofundada, desta teoria para não ser surpreendido em eventuais questionamentos nos concursos públicos.

Quadro Sinótico

CONSTITUCIONALISMO	
Histórico	<p>A ideia de supremacia da Constituição foi forjada a partir da história do constitucionalismo, sendo que esse significa a <i>limitação do poder</i> e a <i>supremacia da lei</i>.</p> <p>O conceito de constitucionalismo <i>está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o ideal de liberdade humana com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar.</i></p>
Fases	<p>Constitucionalismo antigo – Atenas (501 até 338 a.C.) é conhecida como o berço do ideal constitucionalista e democrático, sendo que pela primeira vez na história, o povo passou a governar-se a si mesmo. Ao lado daquela, podemos destacar a República Romana, que durante os séculos V a II antes de Cristo foi também importante palco para o amadurecimento dos ideais constitucionalistas, especialmente em virtude do sistema de <i>checks and balances</i> para dividir e limitar o poder político.</p> <p>Constitucionalismo medieval – o constitucionalismo obteve importantes vitórias para com a limitação do poder absoluto, especialmente com o advento da Magna Carta Inglesa de 1215 (Idade Média), estabelecendo-se, ainda que apenas de maneira formal, a proteção de importantes direitos individuais, destacando-se o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade.</p>
Fases	<p>Constitucionalismo moderno – surge vinculado à ideia de <i>Constituição escrita</i> como sendo importante instrumento para conter qualquer arbítrio decorrente do poder. Os principais marcos dessa fase são a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, diplomas esses que possuem duas características importantes: (a) <i>organização do Estado</i> e (b) <i>limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais</i>. Ele legitimou o aparecimento da denominada <i>constituição moderna</i>.</p> <p>Constitucionalismo contemporâneo – está ligado ao denominado <i>totalitarismo constitucional</i>, sendo esse entendido como efeito da <i>constituição programática</i>, a qual robustece importante conteúdo social.</p>

<p>Neoconstitucionalismo</p>	<p>É também denominado de constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo. Passou a ser desenvolvido a partir do século XXI, objetivando-se buscar a <i>eficácia da Carta Magna</i>, afastando-se do caráter meramente retórico do texto posto, almejando alcançar a <i>concretização dos direitos fundamentais</i>. Conquanto tenha como objetivo a concretização dos direitos fundamentais, é inegável as complexidades da conciliação entre esses direitos e a soberania popular, consistindo em um desafio grande a ser superado.</p>
<p>Procedimentalismo e Substancialismo</p>	<p>A teoria procedimentalista tem como seu principal defensor o professor universitário John Hart Ely. Para essa teoria a atuação dos juízes de inferir amplos direitos e valores morais a partir da Constituição é <i>radicalmente antidemocrática</i>, haja vista que os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática.</p> <p>A teoria substancialista, por sua vez, sustenta que os juízes têm o dever de respeitar a história e a integridade, de produzir decisões que se harmonizem à estrutura da Constituição e às decisões constitucionais passadas.</p>
<p>Ativismo judicial e efeito <i>backlash</i></p>	<p>É inegável que na atualidade o Poder Judiciário, especialmente por intermédio do Supremo Tribunal Judicial, com base no ativismo judicial e ante a necessidade de efetivação de medidas de políticas públicas, vem tomando <i>decisões judiciais majoritárias</i> (ou <i>contramajoritárias</i>), favoráveis ou não aos anseios da maioria social, fato esse que acaba por agravar, em algumas situações, as instabilidades e divisões sociais, haja vista a extrema insegurança jurídica gerada.</p> <p>Como forma de reação ao ativismo judicial podemos mencionar o denominado efeito <i>backlash</i>, o qual pode ser entendido como uma <i>forte reação por um grande número de pessoas ou por um outro Poder a uma mudança ou evento recente, seja no âmbito social, político ou jurídico</i>.</p>
<p>Teoria da Democracia Militante</p>	<p>Em síntese Loewenstein, defendia que o sistema democrático tivesse mecanismos de defesa para garantir a própria sobrevivência, haja vista a crescente disseminação de movimentos autoritários pela Europa, especialmente na Alemanha, Itália e Portugal. A título de ilustração, o mais famoso instrumento de autodefesa da democracia apontado por ele consistia na proibição da criação de partidos políticos de viés antidemocrático. Por intermédio da teoria da democracia militante Loewenstein tenta explicar o modo pelo qual a democracia constitucional é capaz de proteger as liberdades civis e políticas, especialmente por intermédio de limitações das instituições democráticas, a fim de conter o fascismo crescente à época.</p>

EXERCÍCIOS

Questões

1- (DP/SP – Delegado de Polícia – FCC - 2006) – O que assegura aos cidadãos o exercício dos seus direitos, a divisão dos poderes e, segundo um dos seus grandes teóricos, a limitação do governo pelo direito é:

- a) O constitucionalismo;
- b) A separação dos poderes;
- c) O princípio da legalidade;
- d) O federalismo;
- e) O Estado Democrático de Direito.

2 – (DPC/ES – Delegado de Polícia – Instituto Acesso – 2019) – “Para alguns espíritos, ou ingênuos em relação aos fatores reais que influem efetivamente nos governos chamados democráticos, os interessados em transformar os meios em fins, idealizando-os para o efeito de assegurar, pela reverência pública, a sua continuação, a democracia não se define pelos valores ou pelos fins, mas pelos meios, pelos processos, pela máquina, pela técnica ou pelos diversos expedientes mediante os quais os políticos fabricam a opinião ou elaboram os substitutos legais da vontade do povo ou da Nação. Ora, a máquina democrática não tem nenhuma relação com o ideal democrático. A máquina democrática pode produzir e tem, efetivamente, produzido exatamente o contrário da democracia ou do ideal democrático. Dadas as condições de um país, quanto mais se avoluma e aperfeiçoa a máquina democrática, tanto mais o Governo se distancia do povo e mais remoto da realidade se torna o ideal democrático. Não haverá ninguém de boa-fé que dê como democrático um regime pelo simples fato de haver sido montada, segundo todas as regras, a máquina destinada a registrar a vontade popular. Seja, porém, qual for a técnica ou a engenharia de um governo, este será realmente democrático se os valores que inspiram a sua ação decorrem do ideal democrático.” (CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Editora Senado Federal, 2001)

Tendo como referência o texto acima citado, podemos afirmar que, o modelo de constitucionalismo defendido pelo autor, mais se aproxima do constitucionalismo

- a) Substancial;
- b) Aberto aos intérpretes da constituição;
- c) Procedimental;
- d) Liberal;
- e) Como integridade.

3 – (PC/GO – Delegado de Polícia – UEG – 2013) – O Constitucionalismo contemporâneo apresenta movimentos teóricos importantes, dentre os quais destacam-se o Neoconstitucionalismo, cuja característica é a presença hegemônica dos princípios como critério de interpretação, como fator de onipresença da Constituição Federal, e o Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano, fundado nas novas perspectivas trazidas pelas Constituições da América Latina. Esses movimentos distinguem-se entre si, pois:

- a) O Neoconstitucionalismo valoriza a dimensão jurídica da Constituição Federal, enquanto para o Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano a busca da legitimidade democrática se dá pela maior e mais efetiva participação popular;
- b) O Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano reconhece e incorpora os princípios do estado moderno, servindo-se dos modelos de freios e contrapesos, enquanto o Neoconstitucionalismo nega tal modelo;
- c) O Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano reconhece o pluralismo jurídico pautado na jurisdição estatal única, enquanto o Neoconstitucionalismo funda-se em uma jurisdição constitucional separada;
- d) Neoconstitucionalismo inaugura um modelo e valorização da diversidade e do plurinacionalismo, enquanto o Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano assume e garante a associação da ideia Estado-nação.

4 – (PC/GO – Delegado de Polícia – UEG – 2013 – segunda prova) – Nos estudos sobre a formação do direito constitucional, verifica-se que o constitucionalismo representou um importante movimento político e filosófico, com manifestações distintas, nos diferentes períodos da história. Os teóricos desse ramo do direito apresentam classificação do constitucionalismo, identificando características próprias a cada período. Assim, o constitucionalismo:

- a) Antigo, desenvolvido nas cidades-estado da Grécia, entre os séculos V a III a.C., caracteriza-se por um regime político constitucional ditatorial, cujo poder político é concentrado no chefe político, e o exercício do governo é afastado dos governados;
- b) Na Idade Média, marcado pela Magna Carta Inglesa de 1215, caracteriza-se pelo avanço do absolutismo, tendo em vista que esse documento confere poder ilimitado e absoluto ao Rei, sobretudo nas questões referentes à propriedade;
- c) Moderno, identificado nas Constituições dos Estados Unidos da América de 1787 e da França de 1791, caracteriza-se pela vinculação à ideia de